TERCERA ETAPA • AÑO 13

Martes 1 de octubre de 2024

jurídica

915

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE EL PERUANO

Organizaciones criminales

ANÁLISIS DE LA LEY N° 32108 EN LA LUCHA CONTRA LA INSEGURIDAD CIUDADANA

PÁGINAS 4-5 DANIEL JURADO PALMA

PÁGS. 2-3. CESE DE SERVIDORES: NUEVAS DIRECTRICES E INTERPRETACIÓN DE LA SENTENCIA FUENTE N° 3. **CARLOS CALDERÓN PUERTAS**

PÁGS. 6-7. EL 117 EN CLAVE CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS NECESARIO PARA ENTENDER LA INMUNIDAD Y LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA. **STEFANO RODRÍGUEZ BEGAZO**

PÁG. 8. LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO Y SU IMPACTO EN EL RUBRO INMOBILIARIO. **LUIS ANTONIO ROCCA URRUTIA**

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA SENTENCIA FUENTE N° 3

Cese de servidores: nuevas reglas de la Corte Suprema

La Ley N° 24041 protege a los servidores públicos contra el despido, estableciendo que solo pueden ser cesados bajo ciertas condiciones. La Corte Suprema, por medio de la Sentencia Fuente N° 3, ha sistematizado la jurisprudencia relacionada, estableciendo pautas para futuros casos.

CARLOS **CALDERÓN PUERTAS**

MAGISTRADO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.

Respecto a la sentencia fuente hemos mencionado que se trata de: [...] una ejecutoria que tienen en cuenta la jurisprudencia uniforme, señala qué es lo que constituye la doctrina jurisprudencial, establece reglas directivas que vinculan a la Sala Suprema y contiene motivación suficiente que puede ser utilizada para resolver casos similares (sentencias derivadas) (El Peruano, Jurídica, 17 de setiembre 2024, pp. 3-4).

Aplicando esta técnica procesal, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema ha emitido la sentencia fuente número 3 (casación 766-2023-Cajamarca, 9 de julio del 2024), referida al marco de protección de la Ley N° 24041.

Esta disposición, promulgada el 28 de diciembre de 1984, fue diseñado para que el servidor público contratado no pueda ser cesado ni destituido de su puesto de labor, salvo en los casos previstos en el Decreto Legislativo N° 276. Tal protección, sin embargo, requiere del cumplimiento de dos requisitos: i) que el trabajador haya sido contratado para cumplir labores de naturaleza permanente, y ii) que las labores se hayan desempeñado por un período mayor a un año ininterrumpido en la Administración Pública.

Como la aplicación de la ley ha resultado confusa, la sentencia fuente N° 3, sistematizando la numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema y teniendo como fundamento los principios de primacía de la realidad y carga probatoria dinámica, la teoría de las presunciones y la necesidad de preservar la carrera pública mediante los concursos respectivos y el principio de equilibrio presupuestal, ha emitido ejecutoria en la que establece las pautas que seguirá en posteriores resoluciones.

Las reglas establecidas por el máximo tribunal

Razones de espacio impiden que nos ocupemos de tales fundamentos; en cambio, sí resulta necesario, en aras de la divulgación de la directiva general emitida por la aludida Sala Suprema, que se conozcan las 14 reglas que se han dictado. Ellas, tal cual, de manera literal, se reproducen aquí para conocimiento de las personas interesadas en la marcha de la Corte Suprema. Debe precisarse que aparecen en el considerando cuarto de la referida ejecutoria y forman la parte conclusiva del desarrollo argumentativo fijado en los anteriores considerandos.

◗ Regla N° 1. Sobre la Ley N° 24041 y el ingreso a la carrera pública

Si alguna sentencia incorpora al trabajador en la carrera pública, por la vía de la Ley N° 24041, habrá incurrido en infracción normativa.

◗ Regla N° 2. Sobre si es posible interponer demanda de favorecimiento de la Ley N° 24041 antes que se produzca el despido.

Es posible solicitar la protección otorgada por la Ley N° 24041 aun cuando no se hubiera producido el despido del trabajador, atendiendo a la necesidad de otorgar tutela preventiva.

◗ Regla N° 3. Sobre la naturaleza permanente de las labores

(i) Indistintamente de la denominación que se les otorgue a las labores realizadas, debe presumirse que estas son de carácter permanente cuando las mismas sean iguales o similares y se hayan desarrollado en una misma área o dependencia estatal.

(ii) Del mismo modo, cuando las labores son únicas, pero en distintas áreas o dependencias, debe presumirse que tienen la naturaleza permanente.

(iii) También debe ser tomado en cuenta los años de servicio del trabajador, pues queda claro que a mayor cantidad de años debe presumirse la calidad de labor permanente.

◗ Regla N° 4. Sobre la subordinación

En todos los casos en los que se aplique la Ley N° 24041, debe examinarse la existencia de subordinación en tanto esta constituye un elemento del contrato de trabajo.

◗ Regla N° 5. Sobre en qué cargo se debe ordenar la reincorporación del demandante

(i) La reincorporación debe ser ordenada en el último puesto ordinario que se venía desempeñando.

(ii) Empero, si el cargo descrito en el contrato no figura en los instrumentos de gestión o ya no forman parte de los mismos, la reincorporación se realizará en un cargo similar.

(iii) En el supuesto que los contratos de locación de servicios no establezcan el cargo bajo el cual se efectúa la contratación, se debe ordenar la reincorporación en una labor análoga a la que en los mismos se describe o al puesto que se ha acreditado dentro del proceso.

◗ Regla N° 6. Sobre trabajadores designados en puestos de confianza

Si el trabajador, luego de cumplir los requisitos establecidos en la Ley N° 24041, ejerce puesto de confianza no podrá ser despedido y deberá ser repuesto en su labor anterior.

◗ Regla N° 7. Sobre el plazo señalado en la ley

(i) Para efectos del cómputo de más de un año de servicio, no deben tenerse en cuenta breves interrupciones (algunos días) en la labor.

(ii) Cuando el trabajo se haya extendido por años, si las labores se suspenden de manera reiterada por el lapso máximo de un mes, pero se reanudan de inmediato, deberá entenderse que tienen la naturaleza de permanentes y que se ha cumplido con el plazo de más de un año fijado por la ley.

(iii) En todos los casos, la continuidad laboral es el hecho base para presumir la conducta tendenciosa del empleador y con ello defraudar a la ley.

◗ Regla N° 8. Sobre la naturaleza de la labor de apoyo

(i) Para determinar la calidad de trabajador de apoyo se debe recurrir a criterios como el de los años de servicio del trabajador: a mayor cantidad de tiempo la naturaleza de la labor no puede suponerse como de apoyo, pues es la provisoriedad y no la permanencia lo inherente a este tipo de actividades.

(ii) Debe tenerse en cuenta también lo señalado en los instrumentos de gestión de la entidad, los mismos que deben ser presentados al momento de contestar la demanda por quien afirma que las actividades son las de apoyo.

(iii) En caso se acreditara que las labores

jurídica | DIRECTOR (e): **Félix Alberto Paz Quiroz** | Subdirector: **Omar Swayne Recuenco** | Editora: **María Avalos Cisneros** (mavalos@editoraperu.com.pe)
Coordinador: **Paul Herrera Guerra** | Jefe de Diagramación: **Julio Rivadeneyra Usurín** | Teléfono: **315-0400 (2016)**

Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores. Sugerencias y comentarios: mavalos@editoraperu.com.pe

Jurídica es una publicación de El Peruano
2008 © Todos los derechos reservados

efectivamente son de apoyo, el trabajador no se encuentra protegido por la Ley N° 24041.

Regla N° 9. Sobre labores en proyectos de inversión

(i) Cuando en los contratos laborales se señale que se ha contratado por proyecto de inversión, para determinar si se está bajo los alcances de la Ley N° 24041, deberá observarse si se realizó la labor para un solo proyecto o para varios, así como la individualización del proyecto, si los proyectos de inversión tenían metas presupuestales distintas, si había variación salarial y las labores a realizar. Cuando no ocurra esto último, la presunción que ha de ser tenida en cuenta es que las labores son de naturaleza permanente.

(ii) No cabe confundir el trabajo en determinados proyectos de inversión con las labores permanentes que se efectúan en el área de proyectos (cualquiera sea la denominación que se le otorgue) de las entidades estatales. Estas, por su propia naturaleza de adscritas al ente estatal, tienen el carácter de permanentes.

(iii) Siendo las labores en proyecto de inversión de carácter temporal, debe estimarse, en grado de presunción, que a mayor cantidad de años la naturaleza del trabajo es permanente.

Regla N° 10. Sobre los contratos de suplencia

(i) Le corresponde a la administración pública acreditar que el contrato de suplencia es uno acorde con la realidad: cuando no se señale a quién se suple, ni el cargo o nivel del suplido o las razones de la suplencia, ha de reputarse que el contrato no tiene esas características.

(ii) Si se suple a un cesante o fallecido, y no se ha acreditado la existencia de concurso público u otro procedimiento de designación de la misma plaza, el suplente se encuentra protegido por la Ley N° 24041, hasta que se efectúe el concurso público y se disponga de la plaza respectiva.

Regla N° 11. Sobre el precedente Huatuco-Huatuco

La aplicación del precedente Huatuco-Huatuco del Tribunal Constitucional solo corresponde a los casos en los que resulte de aplicación el régimen del Decreto Legislativo N° 728 y CAS permanente de la Ley N° 31131; no es así para los del Decreto Legislativo N° 276 y de la Ley N° 24041.

Regla N.° 12. Sobre el caso de las gestantes y madres en período de lactancia

(i) Durante el estado de gestación o mientras subsista la licencia por maternidad no cabe despido alguno por terminación de contrato temporal.

(ii) La protección para la madre dura hasta que termine el período de lactancia conforme la Ley N° 27240.

(iii) Cuando ocurra un despido que ocasiona el incumplimiento del criterio temporal exigido por la Ley N° 24041, este resulta írrito y la trabajadora debe ser reincorporada a su centro de labor.

(iv) Lo señalado no significa que la relación laboral sea de carácter indefinido, ya que la misma puede terminar de mediar causa justa y legal comprobada mediante el procedimiento pertinente.

CONCLUSIÓN

Desde luego, las reglas presentadas no acaban con el debate en la aplicación de la Ley 24041: algunos puntos, en los que existe discordancia jurisprudencial, no han sido tocados, y en otros, la respuesta, aunque mostrando un patrón, otorga suficiente margen discrecional para nuevas interpretaciones. El stare decisis, a pesar del quieta non movere, supone solo un estado momentáneo de apaciguamiento jurídico, pero de ninguna forma inmovilidad absoluta en las decisiones.

La sentencia puede encontrarse en el siguiente enlace: https://shorturl.at/d87L4.

Como se trata de sentencia fuente, de esta resolución vienen derivando otras ejecutorias de la Corte Suprema, cuya fundamentación depende de aquella. Constituye, por lo tanto, origen o revelación de la doctrina jurisprudencial a la que se somete el órgano vértice jurisdiccional y que las partes deben tener en cuenta al momento de interponer sus recursos de casación.

Regla N° 13. Sobre la aplicación de la Ley N° 24041 en el caso de trabajadores contratados bajo el régimen del Contrato de Administración de Servicios (CAS)

(i) Si un trabajador ha cumplido con los requisitos de la Ley N° 24041 y luego es contratado bajo el régimen CAS, debe considerarse como protegido por dicha ley.

(ii) Se exceptúa del supuesto anterior si entre el contrato de trabajo que hubiera originado la protección de la Ley N° 24041 y el contrato de administración de servicios, ha mediado largo plazo sin labor, situación que debe ser examinada en cada caso atendiendo a responder si ha existido o no maniobra tendenciosa para dar fin al contrato laboral, conforme a los lineamientos establecidos en el acápite 3.6 de esta ejecutoria.

Regla N° 14. Sobre las defensas basadas en la falta de presupuesto

Cuando la parte demandada sustente su recurso de casación solo en la inexistencia de presupuesto para atender la reincorporación ordenada, este deberá ser declarado improcedente.

INCIDENCIA EN PROCESOS PENALES ACTUALES

Cambios al delito de organización criminal

La aplicación de normas orientadas a combatir la criminalidad organizada debe respetar, en todo momento, los derechos fundamentales de las personas.

El 9 de agosto del 2024 se publicó la Ley N° 32108 en el Diario Oficial El Peruano. Esta ley tiene como objetivo delimitar los alcances típicos del delito de organización criminal y modificar el procedimiento para la adopción de medidas restrictivas de derechos en procesos de dicha naturaleza. En el presente artículo explicaremos algunos conceptos en torno a dicha ley y su implicancia en los procesos actuales.

Exposición de motivos de la Ley N° 32108

La exposición de motivos de la ley recurre al Acuerdo Plenario 01-2017-SPN, Recurso de Nulidad N° 270-2019-Lima y al Acuerdo Plenario N° 08-2019/CIJ-116 para distinguir el delito de organización criminal frente al de banda criminal, en el cual la Corte Suprema recalca: "La organización criminal tiene mayor capacidad operativa y complejidad organizacional, lo que permite activar economías ilegales o procesos de producción de bienes y servicios ilegales propios del crimen organizado" (Fd. 18). Así también, recoge el Recurso de Nulidad N° 828-2007, de la Sala Penal Permanente, que señala una característica de esta figura típica: "actuaron coordinadamente, con distribución de funciones, papeles o roles en un plan previamente concertado". Finalmente, citando a la Convención de Palermo indica que la lucha contra la delincuencia organizada debe generarse sin apartarse de las garantías y derechos del imputado.

Sobre principales modificaciones al artículo 317° del Código Penal

Las modificaciones más importantes que trajo consigo la Ley N° 32108 son las siguientes:

i) La supresión de la conducta típica consistente en promover una organización criminal: la regulación actual ha despenalizado la conducta típica de "promover", el llamado promotor de la organización era el encargado de procurar alianzas delictivas, así como impulsar la diversificación de las actividades ilícitas o la proyección de la organización criminal hacia nuevas áreas geográficas de influencia. Por lo tanto, aquellas personas que se encuentren acusados en una investigación por la promoción de una organización criminal dejarán de ser responsables penalmente, salvo que el Ministerio Público reconduzca su calificación en otra acción típica como organizar, constituir o integrar una organización criminal.

ii) La organización deberá tener una compleja estructura desarrollada y mayor capacidad operativa: tales términos ya habían sido utilizados por la Corte Suprema de Justicia tanto en el Acuerdo Plenario N° 08-2019/CIJ-116 como en el Recurso de Nulidad N° 270-2019-Lima. Por lo tanto, no es preciso señalar que con esta nueva regulación se ha buscado robustecer el tipo evitando incluir ciertas conductas en este tipo penal, pues, en realidad, la función de esta ley no fue más que trasladar los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema en el Código Penal. Resulta importante entender que la diferencia entre codelincuencia, banda criminal y organización criminal radica en la complejidad y la pena asignada para cada una como consecuencia de su reproche. Por lo tanto, la nueva regulación resalta la distinción entre organización y banda criminal, exigiendo un injusto más complejo respecto de la primera, lo que a su vez justifica su mayor penalidad. Es menester precisar que la organización criminal es la forma más desarrollada, lesiva y compleja de criminalidad que prevé nuestro Código Penal, por lo tanto, resultaba necesario determinar sus alcances.

iii) La organización criminal tendrá como fin la comisión de delitos graves sancionados con pena privativa de libertad mayor de seis años: es correcta la técnica legislativa de colocar un baremo de referencia en torno a la gravedad del injusto de la organización y de los delitos hacia los cuales se orienta, resulta preciso establecer una regulación congruente entre la complejidad del delito de organización y los delitos derivados de su funcionamiento, una barrera punitiva que es considerada en la Convención de Palermo y regulación de otros países. La presente modificación importa que el Ministerio Público deberá reconducir los actuales casos de organización criminal cuyos delitos fuente no tengan una pena mínima mayor de seis años o no cumplan con las actuales exigencias normativas del delito de organización criminal, en mérito al principio de subsidiariedad penal, cabe la posibilidad de recurrir al delito de banda criminal, siempre y cuando cumplan con las exigencias de este tipo específico en forma residual.

DANIEL **JURADO PALMA**

ABOGADO PENALISTA. SOCIO FUNDADOR DE JURADO ABOGADOS

Un aspecto fundamental que debe esclarecerse respecto a la Ley N° 32108 es si puede aplicarse a los procesos penales en curso. La respuesta es afirmativa, y la justificación se encuentra en el principio de retroactividad benigna.

iv) La organización criminal tiene un fin de obtener, directa o indirectamente, el control de la cadena de valor de una economía o mercado ilegal para obtener un beneficio económico: esta es otra modificación que ha generado debate en el ámbito académico, pues se ha divulgado la idea de que el control de la cadena de valor de una economía o mercado ilegal es un ardid por parte de los legisladores para así reducir los casos subsumibles bajo este tipo penal. Sin embargo, resulta necesario citar el Acuerdo Plenario N° 08-2019 de la Corte Suprema de República, en cuyo fundamento jurídico N°18, sobre la Organización Criminal, indica lo siguiente: "Mayor capacidad operativa y complejidad organizacional, lo que permite activar economías ilegales o procesos de producción de bienes y servicios ilegales propios del crimen organizado". Como se observa, el control de la cadena de valor de una economía ilegal al que hace alusión la norma vigente encuentra sustento en el mismo Acuerdo Plenario de la Sala Penal de la Corte Suprema. Por lo que esta modificación ha positivizado la línea jurisprudencial ya esbozada pretorianamente. Asimismo, se establece que la organización criminal debe tener un fin intrínsecamente lucrativo, por lo que si se presenta una actuación delictuosa que cumpla con los requisitos establecidos para este delito, pero tal acción delictuosa no tiene como finalidad lucrar, no se configurará el delito de organización criminal.

Análisis comparado y convencional

Para poseer una mejor comprensión de la regulación vigente del delito de organización criminal, analizaremos sucintamente los aspectos más relevantes sobre el delito de organización criminal en legislación comparada de México, España y Argentina.

i) Sobre la pena: en la legislación mexicana, el delito de asociación delictuosa prevista en el artículo 164° del Código Penal Federal se encuentra conminada con pena de prisión de cinco a diez años; la legislación española, en su artículo 570° bis del Código Penal, prevé una pena de cuatro a ocho años, incluso de tres a seis años cuando el delito no es grave. Así también, la legislación argentina, mediante su artículo 210° de su Código Penal, reprime el delito de asociación ilícita para delinquir con pena de reclusión de tres a diez años. En nuestro país, dicha conducta se sanciona con pena privativa de libertad desde ocho hasta 15 años.

ii) Sobre el delito grave sancionado con pena superior a seis años: citando la legislación española como referencia, es posible demostrar que esta modificación es coherente con la finalidad del tipo penal de organización criminal. El artículo 570° bis del Código Penal español distingue entre delitos graves y no graves para diferenciar a su vez el marco punitivo. Por su parte, la Convención de Palermo se enfoca en la existencia de un delito grave para determinar una organización criminal. Así, el artículo 2° de la Convención define el delito grave como "aquella conducta que constituya un delito punible con una pena privativa de libertad de al menos cuatro años o una sanción más severa". Nuestro código, a diferencia del español, no distingue entre delitos graves, menos graves y leves. El contenido del término puede inferirse del artículo 57° del Código Penal, concordante con el artículo 268° del Nuevo Código Procesal Penal, según los cuales, desde la modificatoria introducida por el Decreto Ley N° 1585, podríamos considerar pena grave aquella superior a cinco años, toda vez que ameritará la privación de libertad del imputado en caso de prisión preventiva o condena. Sin embargo, el problema del baremo del delito grave ya ha sido abordado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 01-2019, cuando en el fundamento 22, en el que se advierte que el concepto de delito grave debe ser modificado en función del "progresivo expansionismo punitivista de nuestras escalas penales [...] proponiéndose que dicho baremo podría fijarse en aproximadamente diez años".

RETROACTIVIDAD BENIGNA

Un aspecto fundamental que debe esclarecerse respecto a la Ley N° 32108 es si puede aplicarse a los procesos penales en curso. La respuesta es afirmativa, y la justificación se encuentra en el principio de retroactividad benigna, que permite la aplicación de la ley penal más favorable al reo en caso de conflicto temporal entre leyes penales, tal como lo establecen el artículo 103° de la Constitución, el artículo 6° del Código Penal y el artículo VII.2 del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal. Este principio aboga por la aplicación de una norma penal posterior a la comisión del delito, siempre que dicha norma contenga disposiciones más favorables para el acusado.

En virtud de este principio, esta ley puede aplicarse a los procesos en curso, ya que establece estándares de tipicidad más estrictos para la configuración del delito de organización criminal, particularmente en cuanto al quantum de la pena, a diferencia de la normativa anterior. Esto resulta en un beneficio para el reo, justificando así la aplicación de esta ley. De hecho, ya ha sido invocada favorablemente en los tribunales, como en el Expediente N° 00287-2021-13-5001-JR-PE-05, donde la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional consideró que no era posible mantener la medida de prisión preventiva, debido a que el delito de organización criminal que vincula a los imputados ya no contempla la comisión de cualquier delito, sino únicamente aquellos cuya pena supere los seis años.

No obstante, la aplicación de esta ley no ha sido pacífica en los órganos jurisdiccionales. Así, en el caso Los Dinámicos del Centro, Expediente N° 00069-2021-51-5002-JR-PE-03, el magistrado a cargo del caso declaró infundada la excepción de improcedencia de acción planteada por la defensa de los investigados respecto al delito de organización criminal, con el argumento de que la nueva redacción mantiene coherencia con la Convención de Palermo. Que un delito grave no solo debe entenderse por la penalidad de seis años, sino también por su naturaleza. En este sentido, aun cuando los delitos de corrupción no superen los seis años de pena, pueden ser subsumidos en el tipo penal de organización criminal, debido a la gravedad que estos revisten conforme a lo establecido en la Convención de Palermo.

Esta nueva regulación ha desatado un amplio debate, pero un aspecto crucial que no debe pasar desapercibido en esta discusión dogmática y pragmática es que la aplicación de normas orientadas a combatir la criminalidad organizada debe respetar, en todo momento, los derechos fundamentales de las personas.

INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

El artículo 107° de la Carta Magna en clave constitucional

Cuando el constituyente señala que el presidente no puede ser acusado durante su periodo por supuestos distintos a los señalados en el numerus clausus previsto en este artículo no se refiere a la acusación penal, sino a la acusación constitucional.

Más allá de quien resulte ser el mandatario de turno, resulta innegable que el artículo 117° de la Constitución –por lo menos en los últimos tiempos– ha causado revuelo y ha llamado a distintos especialistas a interpretar el texto constitucional por su relevancia coyuntural.

El artículo en mención señala que el Presidente de la República, durante su período, solo puede ser acusado en un número reducido de situaciones, como impedir las elecciones (sean estas presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales); por disolver el Congreso fuera del supuesto previsto por el artículo 134° de la norma fundamental; por traición a la patria; y por impedir la reunión o funcionamiento del Congreso o de los organismos del sistema electoral.

Este texto ha sido el punto de debate entre periodistas y abogados durante hace ya un buen tiempo, y la pregunta –por hechos ya conocidos– fue: ¿el presidente puede ser investigado? Son muchas las voces que han intentado dar

STEFANO **RODRÍGUEZ BEGAZO**

MIEMBRO DEL ÁREA DE LITIGIOS Y CONTROVERSIAS DE MUÑIZ, OLAYA, MELÉNDEZ, CASTRO, ONO & HERRERA ABOGADOS

respuesta a la interrogante, curiosamente en su mayoría, de abogados penalistas.

Si se analiza el artículo en cuestión desde una óptica penal, no faltará aquel que asemeje la acusación a la que hace mención la Constitución con la acusación penal. Es en este contexto en el que cabía la pregunta relacionada con la posibilidad de investigar al más alto mandatario del Estado, pues para algunos el Ministerio Público no podía investigar penalmente porque no podía acusar (y así pasar a etapa intermedia en el proceso penal); y para otros sí podía investigar (sea en diligencias preliminares o investigación preparatoria formalizada), porque supuestamente la Constitución solo limitaba la acusación, mas no la investigación penal.

Sin perjuicio de los esfuerzos argumentativos, considero que ambas interpretaciones son incorrectas. Y es que el texto constitucional no puede interpretarse en clave penal, sino solo en clave constitucional. Cuando el constituyente señala que el presidente no puede ser acusado durante su período por supuestos distintos a los señalados en el numerus clausus previsto en el artículo 117°, no se refiere a la acusación penal, sino a la acusación constitucional; la cual es calificada en un primer momento por la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, la cual –de ser el caso– derivará el informe respectivo a la Comisión Permanente, órgano que continuará con el trámite previsto por el artículo 89° del Reglamento del Congreso y en el artículo 99° de la Constitución.

Al respecto, resultan irrelevantes los esfuerzos para explicar el artículo 117° desde el Derecho Penal. Ergo, tal artículo no es un obstáculo para que, de ser el caso, se investigue al mandatario de turno; siempre y cuando, claro está, no se desnaturalice la inmunidad presidencial. Como es evidente, el presidente no puede preocuparse más de ejercer su defensa que de gobernar durante su mandato, por ello el presidente está blindado; no para causar impunidad, sino para que no se instrumentalice el poder jurisdiccional como un arma política.

El artículo 117° no constituye una limitación a la investigación ni a la acusación penal (pues debe leerse en clave constitucional), pero la inmunidad presidencial debe ser tratada con pinzas. Debe hallarse un equilibrio entre la no impunidad y la inmunidad presidencial. Dicho sea de paso, en el caso reciente de un exmandatario peruano se halló un equilibrio interesante, desde el cual se afirmaba que el presidente podía ser investigado, pero solo a nivel de diligencias preliminares.

Tal opción parece ser acertada, pues en las diligencias preliminares se deben realizar actos básicos orientados a la recopilación urgente e inaplazable de fuentes de prueba; y actos orientados a la individualización del presunto autor del delito. Ambos actos, como se podrá notar, no pueden esperar a que el presidente termine su mandato.

El artículo 117° de la Constitución debe leerse de manera concordante con los demás artículos de la Norma Fundamental, y así se notará que no se trata de un descuido del constituyente o de un intento de impunidad presidencial.

Con esta opción se evita un posible escenario de impunidad, pero no se pasa a un estadio procesal más avanzado en el que sí existe una imputación formalizada, como lo es la investigación preparatoria formalizada (donde es posible que la investigación repercuta en la labor de gobierno).

Una vez superado tal debate, resulta preciso ahondar en la interpretación constitucional del artículo 117°, el cual debe ser leído de manera conjunta con los artículos 99°, 100° y 113° de la norma fundamental.

Los artículos 99° y 100° constituyen nuestra versión del impeachment anglosajón y, aunque últimamente se considera al antejuicio político, la acusación constitucional y al juicio político como conceptos distintos, me adhiero a la postura del profesor Domingo García Belaunde (1), quien considera que en realidad se trata de un solo concepto, pues de una misma palabra (impeachment) surgieron tres traducciones distintas, que en el fondo son lo mismo.

La diferenciación, remarca García Belaunde, se debió a la traducción de la obra de Joseph Story, pues tal autor hacía referencia únicamente al impeachment, palabra que fue traducida en algunas ocasiones como juicio político (siendo una interpretación del concepto más acertada), otras como acusación constitucional (la traducción más literal), y otras como antejuicio político; pero, en el fondo, todas son partes o fases de una sola institución, la del impeachment (con algunos matices, dependiendo de si nos referimos al americano o a su remoto antecedente inglés).

La Constitución vigente, aunque comete algunas imprecisiones en los artículos en mención, contempla el impeachment. Se preveía (antes de la modificatoria que entrará en vigor en las próximas elecciones generales) que la Comisión Permanente del Congreso debía acusar –ante el pleno del mismo– a altos mandatarios; entre los cuales, como es obvio, se encuentra el Presidente de la República. Tal acusación puede darse por infracción de la Constitución o por la presunta comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones (aunque la responsabilidad no deja de ser política).

Posteriormente, sin la participación de la Comisión Permanente, el pleno puede suspender o inhabilitar al funcionario (en este caso el presidente) para el ejercicio de la función pública o destituirlo de su función (en el caso del presidente, tendrá que seguirse el procedimiento de vacancia, de ser el caso), sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad. Esta responsabilidad, naturalmente, puede ser penal en caso el contenido de la acusación tenga como trasfondo la presunta comisión de un delito en el ejercicio de las funciones.

En este último escenario, el Congreso le ordena al Fiscal de la Nación procesar al funcionario, quien resulta ser un aforado, pues es juzgado por la Corte Suprema. En caso de que la Corte halle culpable al aforado, tendrán lugar las responsabilidades penales de ley; pero en caso no se destruya la presunción de inocencia, el funcionario podrá ejercer de nuevo sus derechos políticos. En líneas generales, la diferencia entre la prerrogativa del llamado antejuicio del Presidente de la República y de los demás funcionarios mencionados en el artículo 99°, es que, para el primero, es aplicable –además de los artículos en mención– el artículo 117° como un artículo aún más específico dentro de la Constitución. El artículo 117° da a entender en buena cuenta que, durante su mandato, solo puede ser acusado constitucionalmente por tres infracciones a la Constitución (impedir elecciones, disolver inconstitucionalmente el Congreso, o impedir su funcionamiento o el de los organismos del sistema electoral); y por un delito (traición a la patria).

En virtud de esta acusación puede ser vacado en aplicación del artículo 113° inciso 5 de la Constitución e inhabilitado para ejercer cargo público; o, tratándose de traición a la patria, sin perjuicio de las responsabilidades políticas, puede ser procesado por la Corte Suprema, previo actuar del Fiscal de la Nación.

Ello no quiere decir que quien ejerza la Presidencia nunca podrá ser sometido a juicio político por otros delitos o por otras infracciones constitucionales no previstas en el artículo 117°, pues tal protección solo le alcanza durante su período; pero, según el artículo 99°, quien ejerce la presidencia puede ser sometido a juicio político hasta cinco años después de que deja el cargo (en que no existe la restricción del artículo 117°).

Tampoco quiere decir que el blindaje constitucional sea sinónimo de impunidad, pues la investigación fiscal (por cualquier delito y sin intervención del Congreso) no está limitada, siempre y cuando no se desnaturalice en esta investigación la razón de ser de la inmunidad a altos funcionarios (el no interrumpir su actuar político).

A MODO DE COLOFÓN

Por último, atendiendo al sinfín de escenarios que pueden tener lugar, la Constitución tiene una carta abierta: la vacancia por incapacidad moral permanente (artículo 113° de la Norma Fundamental). La incapacidad moral hace referencia a inconductas cometidas por el presidente que son contrarias a las «buenas costumbres» (obsérvese la etimología de mores). Tales inconductas, al ser indignas de quien representa a la nación, acarrean una vacancia presidencial.

Entonces bien, en caso el presidente cometa cierta inconducta que haga imposible su permanencia en el cargo, más allá de si es una conducta que pueda enmarcarse en los supuestos del artículo 117°, el Congreso podrá optar por la vacancia presidencial, haciendo uso de esta cláusula abierta (por eso es importante no intentar que se fije un concepto indeterminable).

En suma, el artículo 117° de la Constitución debe leerse de manera concordante con los demás artículos, y así se notará que no se trata de un descuido del constituyente o de un intento de impunidad presidencial. Existen diversos mecanismos constitucionales para responder ante ciertas conductas del presidente, pero tal sistema de pesos y contrapesos solo es visible cuando se lee el artículo 117° en clave constitucional.

(1) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?" En: Revista Jurídica del Perú. Trujillo, Normas Legales, año LIV, número 55, marzo-abril 2004.

DESAFÍOS EN LA INVERSIÓN INMOBILIARIA

Impacto de la Ley de extinción de dominio

Aspectos por tomar en cuenta para ajustar la norma ante su implicancia en las adquisiciones de bienes inmuebles.

LUIS ANTONIO **ROCCA URRUTIA**

ABOGADO SÉNIOR DEL ÁREA DE LITIGACIÓN EN CARO & ASOCIADOS

En las últimas semanas hemos presenciado diversas noticias relacionadas con la Ley de extinción de dominio – Decreto Legislativo N° 1373 y su reglamento– las que han sido comentadas y discutidas en diferentes plataformas.

El presente artículo no se ocupará de analizar aspectos referentes a la ley precitada, sino que pretende hacer algunas reflexiones sobre su conexión con la actividad inmobiliaria y los estudios de títulos utilizados, comúnmente, para la adquisición de bienes inmuebles en este sector.

Como es conocido, cuando nos encontramos en negociaciones para adquirir un bien inmueble, es usual que la parte compradora realice todas las acciones preventivas necesarias para asegurarse, en principio, que el bien a adquirir sea realengo, es decir, que sobre este no pesen cargas ni gravámenes.

Volviendo al escenario de la extinción de dominio, cabría preguntarnos: ¿qué impacto tendría la precitada norma en las transacciones de carácter patrimonial para la adquisición de inmuebles? Para ello, en principio, debemos recurrir a la definición que la propia ley le otorga a la pérdida de dominio, a manera de concepto, siendo esta la siguiente:

"Consecuencia jurídico-patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o terceros".

Como se puede apreciar, de la definición citada, se desprende y salta a la vista, que hay una consecuencia jurídico-patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas. Dicho esto, podemos inferir que los inmuebles que procedan de actividades ilícitas podrán, previo proceso judicial, pasar a la esfera del Estado.

Ante ello, es importante y necesario cambiar la concepción clásica que se tenía de los estudios de títulos tradicionales mediante los cuales el abogado o profesional que los elaboraba se limitaba únicamente a cuestiones superficiales o próximas a su análisis, es decir, elementos que tenía a la vista en el momento del estudio.

Se aprecia, de lo explicado anteriormente, y como consecuencia de los parámetros que ha establecido el legislador en la norma, que cuando se elabore un estudio de títulos para la adquisición de un bien inmueble, se deberán tomar aspectos mucho más profundos y de mayor rigurosidad para contar con un panorama doblemente amplio sobre el historial del inmueble. Es decir, ya no solo limitarse a los títulos tenidos a la vista, sino que también deberá contar con otros de carácter extraordinario, como lo son antecedentes policiales, judiciales y penales, entre otros de parte de los vendedores.

Lo explicado anteriormente, no hace más que catalogar a la norma materia de estudio como una que tiene una directa y negativa implicancia o impacto en las transacciones en el mercado inmobiliario, al entorpecer con requisitos exorbitantes, más allá de la razonabilidad que el propio sector exigía.

A pesar de que la norma prevé la figura de los adquirientes de buena fe, esta se extiende sobre sus límites normales o tradicionales, esto quiere decir que debe tomarse en cuenta una buena fe cualificada, donde, además de actuarse con lealtad y probidad, debe de desarrollarse un comportamiento diligente y prudente. Al respecto, los adquirientes no podrán pretender alegar buena fe si estos conocen que el bien tiene vinculación con determinado delito.

Cuando se elabore un estudio de títulos para la compra de un bien inmueble, se deberán tomar aspectos mucho más profundos y de mayor rigurosidad.

Dicho lo anterior, al elaborar un estudio de títulos, siempre quedará espacio para la duda respecto de si el inmueble o los vendedores se encuentran realmente libres de delito o si la información recabada sobre ellos es suficiente para cubrir las exigencias de la buena fe cualificada exigidas por el legislador, pudiendo incluso estos estar inmersos en una investigación en Fiscalía, lo que los adquirientes no estarán en posibilidad de conocer.

Como ya se ha referido anteriormente, esta norma no hace más que influir e impactar negativamente en las transacciones inmobiliarias del mercado peruano, siendo una preocupación latente los altos y desproporcionados estándares que el legislador ha incorporado para la probanza de la buena fe, que para terceros adquirientes deberá ser, irracionalmente, cualificada.

A manera de conclusión, es necesario que la Ley de extinción de dominio pase por algunos ajustes razonables, sobre todo referentes a los aspectos desarrollados, toda vez que podría convertirse en una norma confiscatoria, afectando gravemente la celeridad y seguridad de las transacciones inmobiliarias.